

TD 27

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
POLITICAS Y SOCIALES

DOCTORADO EN JURISPRUDENCIA: Curso años 1966/68

DIRECTOR DEL CURSO: Dr. D. Angel Carlos Berisso

TEMA DE TESIS: "Nuevo enfoque y estructuración del acto de gobierno en el Derecho Argentino"

DISCIPLINA: Derecho Administrativo

AUTOR DEL TEMA: Abogado José Carlos Castiñeiras

FECHA PRESENTACION: Buenos Aires, junio de 1971

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR	
Fac. C. Jur. G. Notaria	
No. Crd	43.777
Ubic	354(043)
Mat.	CAS

354
043

043

35(043)

-86-
INDICE

CAPITULO I - NACIMIENTO DE LA NOCION TRADICIONAL	
1. Su Origen	Pag. 1
2. Consolidación.....	" 2
CAPITULO II - EVOLUCION POSTERIOR EN EL DERECHO FRANCES	
1. Intentos para su fundamentación científica....	" 3
2. Imposibilidad de concreción científica del Ac- to de Gobierno.....	" 4
3. Posición final.....	" 6
CAPITULO III - SU RECEPCION EN LA DOCTRINA Y JURIS PRUDENCIA ARGENTINAS	
1. Posición inicial, admitiéndolos.....	" 8
2. Posición actual, desechándolos.....	" 14
3. Posición intermedia entre su admitibilidad o re- chazo.....	" 23
CAPITULO IV - REESTRUCTURACION Y FUTURA UBICACION DE LA CONCEPCION	
1. Su evolución.....	" 31
A) La llamada Teoría de las Circunstancias Excepcionales.....	" 31
B) Teoría del Móvil Político.....	" 31
C) Problemática de la Teoría basada en la Na- turalza del Acto.....	" 33
D) Teoría de la Concepción Empírica.....	" 38
2. Eliminación jurídica de la antigua noción.....	" 39
3. Futura ubicación jurídica de la concepción (Com- presión de la distinción entre Gobierno y Admi- nistración).....	" 40
A) Imposibilidad doctrinaria para definir el objeto del Derecho Administrativo: la Ad- ministración.....	" 40
B) Aportación de la realidad social al con- cepto Administración. Su vinculación con la justicia.....	" 42
C) Comprensión de la Ciencia de la Adminis- tración dentro del Derecho Administrativo "	44
D) Moderna conceptualización doctrinaria de la Administración.....	" 49
E) Administración y Gobierno, conceptos uní- vocos (Posibilidad de una nueva formula- ción del Acto de Gobierno).....	" 55
CAPITULO V - FUNDAMENTAL TAREA DE EQUILIBRIO Y PROTECCION DEL DERECHO ADMINISTRA- TIVO	
1. Valor Justicia, su contenido en las normas ad- ministrativas.....	" 58

2. La relación jurídica administrativa.....	Pag. 59
A) Sujetos que la conforman.....	" 59
B) Elemento específico: la coacción.....	" 61
3. Garantía de los derechos de la Administración.	" 63
4. Garantía de los derechos de los particulares (Fundamental tarea del Derecho Administrativo)	" 64
A) Formulación general.....	" 64
B) Lo contencioso administrativo.....	" 67
5. Derecho Administrativo, su carácter de elemen- to del régimen de justicia.....	" 68
6. Corolario.....	" 71

CAPITULO VI - CONCLUSIONES

1. Imposibilidad de la doctrina y jurisprudencia francesas, de fundamentar científicamente la noción tradicional.....	" 72
2. Inexistencia teórica y práctica de los actos de gobierno en el Derecho Argentino.....	" 73
3. Nueva estructuración o enfoque del acto de go- bierno en el Derecho Argentino.....	" 74
4. Fundamental tarea normativa y de protección del Derecho Administrativo.....	" 79
NOTAS BIBLIOGRAFICAS.....	" 82

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

TEMA DE TESIS: "Nuevo enfoque y estructuración del Acto de Gobierno en el Derecho Argentino".

CAPITULO I

NACIMIENTO DE LA NOCIÓN TRADICIONAL.

1. Su origen

El Acto de Gobierno como teoría, es una creación jurídica que tuvo nacimiento en Francia, con la aparición del Consejo de Estado Francés por obra de Napoleón.

Posteriormente, con el retorno de los Borbones al poder, esta institución fue duramente atacada y la misma ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el Consejo decidió en una forma política muy prudente, disminuirse a sí mismo sus atribuciones, con el fin de poder supervivir (1). En esa inteligencia, giró a los tribunales judiciales algunas materias que eran de su competencia y otras cuestiones las consideró no revisibles y ni siquiera receptibles por su parte, la acción o recurso era directamente rechazada, mediante la interposición por parte de la Administración de algo que se designó "Fin de non recevoir", algo así como una excepción perentoria, a fin de que no se recibiera siquiera recurso y no se le dé consiguientemente mal trato. Más, dado que el Consejo se negaba a considerar y que tampoco enviaba a los Tribunales judiciales esas causas, quedaban por lo tanto las mismas desprovistas de todo control jurisdiccional, produciéndose consecuentemente una negación de justicia, que con distintas variaciones se prolonga hasta nuestros días, estos son los llamados "Actos de Gobierno".

2. Consolidación.

Luego de la primera dificultad reseñada, el Consejo de Estado Francés comienza poco a poco, a aumentar su control contencioso de la legalidad, introduciendo los recursos por desviación de poder y violación de la ley y para asegurar este desenvolvimiento el Consejo sacrifica algo para salvar al resto,

(1) Esta NOTA y las demás, van al finalizar la exposición del tema.

el Gobierno le concede todo un dominio en el cual por política jurisprudencial entiende no penetrar (2), este dominio es elástico y se rige en cuanto a sus límites por el criterio del mismo Poder Administrador, es acto no susceptible de revisión por el Consejo de Estado (Acto de Gobierno), TODO ACTO QUE TIENE UN MÓVIL POLÍTICO. Dufour definió en la época: "lo que hace el acto de gobierno es el fin que se propone su autor. El acto que tiene por fin defender la sociedad tomada en sí misma, o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos interiores o exteriores, reconocidos u ocultos, presentes o futuros, he ahí el acto de gobierno..."

De esta manera todo acto administrativo podría en principio transformarse en acto de gobierno con el solo requisito que tuviera un fin político; evidentemente, se trataba de una noción vaga y peligrosa por prestarse notablemente a la arbitrariedad. Como ya se ha dicho el Consejo de Estado comienza a aumentar su control contencioso de la legalidad, introduce lo que en la clasificación clásica del contencioso francés se distingue como: "el contencioso de anulación", referido a actos de poder, de auto iudicium, pero no cabiendo la sustitución del proveído. De este concepto nació el famoso "Recours pour excès de pouvoir", el ítimo orgullo del Conseil D'Etat, de quien es pura creación constructiva y jurisprudencial, realmente aceptado en todo el mundo. La característica es en cierto modo la despersonalización de lo objetivo: el acto de poder. En su área se inscribe el abuso de poder y también, el más retorcido concepto de la desviación, que es un análisis de la teoría del fin.

CAPITULO II

EVOLUCION POSTERIOR EN EL DERECHO FRANCÉS.

1. Intentos para su fundamentación científica.

En la Nación Francesa el Consejo de Estado independiente de los consabidos orígenes en la Constitución del año VIII y de la ley del 28 Pluvioso, al empezar a actuar en el año 1872 como jurisdicción delegada, es cuando realmente obtiene el espaldarazo "au nom du Peuple Français", debido a que originariamente las decisiones del Consejo de Estado no eran ejecutivas y tenían el valor de simples propuestas al Jefe del Estado. Por otra parte, la composición de sus miembros era la misma que para la función puramente consultiva.

Al caer el régimen imperial y al desarrollarse el espíritu de la legalidad, el Acto de Gobierno se presentaba como una pieza discordante en el Derecho Público Francés; la doctrina no pensó, sin embargo, en un comienzo, que el Acto de Gobierno fuera totalmente erróneo o condenable, sino que consideró que lo que estaba mal era que el mismo fuera fundamentado en el fin político del Poder Administrador. Se creyó que solo era necesario suprimir ese criterio del fin o móvil político, en cuanto medio de determinar qué actos escapaban al control jurisdiccional y sustituirlo por otro, más objetivo que restringiera el Acto de Gobierno a límites precisos y conciliara de tal modo, seguridad de protección tribunalicia a los demás casos.

Inténtose pues, determinar cuándo un acto era administrativo y cuándo de gobierno, fijando directivas previas que señalasen una separación precisa, destinada a evitar toda posible transformación de un simple acto administrativo en acto de gobierno, como sucedía en principio. Este intento condujo a la distinción entre gobierno y administración, distinción que sin embargo, es a su vez política, pues debe entroncarse con una diferenciación entre función gubernamental y función administrativa, considerando entonces a la primera como de mayor importancia política que la segunda, dominándola y determinando la orientación general



según la cual se cumplirá la última (3). A pesar de lo apuntado, constituye visiblemente un avance sobre la doctrina del "móvil político", pues la distinción no la hará ya el mismo poder administrador con su motivación subjetiva del acto, sino la doctrina o jurisprudencia, objetivamente.

La jurisprudencia francesa que en 1872 abandonó la teoría del móvil político en cuanto fundamento del Acto de Gobierno, diciendo entonces que "no son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial. Este carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto (4), no pudo tener más éxito que la doctrina en precisar cuál es ese objeto del Acto de Gobierno, no ha podido decir qué es "gobierno" por oposición a "administración".

En otros términos, desechado el criterio del fin político para fundar la irrevisibilidad de este grupo de actos e insuficiente la distinción conceptual entre gobierno y administración, la jurisprudencia comentada queda huérfana de toda fundamentación. A pesar de ello, no ha tenido por efecto producir el cambio de tal jurisprudencia, ésta se ha mantenido, desafiando a toda lógica jurídica y refundiéndose en el ámbito de lo político. Lo que ha obligado en Francia a llegar a la conclusión de que la irrevisibilidad de tales actos no es más que un hecho, y éste es: el hecho de que los tribunales se niegan a ejercer el control jurisdiccional sobre un número determinado de actos que por tal causa se designan de "gobierno".

Se ha abandonado entonces la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación en cuanto a régimen jurídico de los actos administrativos, pues es bien evidente, entre otras cosas, que la distinción es tan incierta / vaga que en la práctica no distingue nada (5).

2. Imposibilidad de concreción científica del Acto de Gobierno.

Con carácter didáctico y general solamente se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre "gobierno" y "administración"; nadie pretende obtener de allí conclusiones

dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia; ello depende enteramente de una situación fáctica de jurisprudencia, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico.

Es esta la posición que adelantó Hauriou (6) y parcialmente Rivet (7), quienes introducen lo que Duez (8) llama "la concepción empírica del acto de gobierno", y que consiste pura y simplemente en la exposición o detalle de los mismos. Acto de Gobierno es "aquél que figura en una cierta enumeración de actos políticos hecha por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos" (9).

Quiere decir que se ha buscado caracterizar el Acto de Gobierno o político de acuerdo con su naturaleza y en base a ese criterio se ha hecho una enumeración.

En este sentido se dijo que: existían ciertos actos, de los cuales se conocerá la lista, que serán por naturaleza actos de gobierno y que lo serán en todos los casos. Waline, dice a su vez (9') "que serán actos de gobierno los que figuran en una cierta enumeración de actos definidos por su objeto y no por los móviles que los han inspirado, resultante de los fallos del Tribunal de Conflictos del Consejo de Estado y de la Corte de Casación".

Dicha lista, según Hauriou, será limitativa. Agrega que si las fórmulas de las cuales se puede definir la función gubernamental son insuficientes, no existe sino un medio para salir de la dificultad, que es procediendo por enumeración. Esta opinión es evidentemente insuficiente ya que cualquier poder que se reconozca a la jurisprudencia le permitirá determinar el carácter intrínseco del acto.

Dice Duguit que Hauriou comprendía en la lista de los actos de gobierno los siguientes: actos relativos a las relaciones del gobierno con las cámaras; decretos que establecen el estado de sitio; decretos dictados en materia de estado de policía sanitaria; actos relativos a las relaciones diplomáticas.



cas; actos relativos a la seguridad exterior e interior del Estado; hechos de guerra; decretos de gracia.

Entiende Duguit que Hauriou colocaba en las mismas condiciones actos de naturaleza diferentes. Ello así, porque si el recurso de exceso de poder no podrá admitirse ni contra los actos relativos a las relaciones del Jefe del Estado con las Cámaras, ni a las relaciones internacionales, ni contra los decretos que establezcan el estado de sitio o acuerden un indulto, es porque el Gobierno hace esos actos como órgano político y por lo tanto, no había necesidad de hacer intervenir la noción del Acto de Gobierno. En cuanto a los decretos sobre policía sanitaria es de todo punto cierto que el recurso contencioso no pueda admitirse. Por lo que hace a los hechos de guerra son operaciones materiales que traen aparejado solamente responsabilidad del Estado. En lo que se refiere a los actos relativos a la seguridad interior del Estado, admitir que se trata de Acto de Gobierno, insusceptible de todo recurso, es volver a la teoría de la razón de estado, que es inadmisibles en un país libre.

Hauriou confunde, según Duguit, los actos hechos por el gobierno como órgano político y a aquellos que hace como órgano administrativo.

La concepción empírica del Acto de Gobierno, es la posición que a juicio de Gobdillo (10), es la opinión dominante en Francia. Dice también, que existe una posición que considera que el Acto de Gobierno es un falso problema, pues la irrevisibilidad del acto se explica, en los casos ofrecidos por la jurisprudencia, por el juego normal de las reglas del procedimiento contencioso administrativo.

3. Posición final.

Es decir, que superada la teoría del "fin" o "móvil político" y con ello el avance que representa, que la distinción no la haga el mismo poder administrador, con su motivación subjetiva del acto, sino la doctrina o jurisprudencia, objetivamente y ante la imposibilidad de la jurisprudencia de definir qué es